

# NOTAS



# LA CONCEPCIÓN HABERMASIANA DEL DERECHO<sup>1</sup>

## Comentarios críticos

David Sobrevilla

*Universidad de San Marcos, Lima*

**RESUMEN.** Este artículo presenta —y comenta críticamente— la concepción habermasiana del Derecho orientándose por seis puntos de vista: 1. su visión del Derecho objetivo, 2. su planteamiento de la interrelación entre moral y Derecho, 3. su propuesta del Derecho subjetivo, 4. su enfoque sobre la interrelación entre los derechos subjetivos y la soberanía popular, 5. su comprensión y crítica de la jurisprudencia constitucional alemana, y 6. su idea del paradigma procedimental del Derecho. Concluye que se trata de una filosofía del Derecho hecha por un gran filósofo, pero con una sorprendente desatención de algunos de los problemas de los que se ocupa la filosofía del Derecho hecha por un jurista.

**Palabras clave:** Habermas, concepción habermasiana del Derecho.

**ABSTRACT.** This paper presents —and contains critical commentaries to— the habermasian conception of law. It takes orientation from six points of view: 1. its vision of law, 2. its approach to the relationship between morality and law, 3. its proposal of right, 4. its focus on the relationship between rights and popular sovereignty, 5. its understanding and criticism of the German constitutional jurisprudence, and 6. its idea of proceduralist paradigm of law. Concludes that it is a philosophy of law made by a great philosopher, but with a surprising neglect of some of the problems dealt by a philosophy of law made by a jurist.

**Keywords:** Habermas, habermasian conception of law.

---

<sup>1</sup> Este texto forma parte de nuestro libro *La filosofía del Derecho alemana actual de orientación racionalista. Estudios sobre R. Alexy, K. Günther, J. Habermas y O. Höffe*, que ha de ser publicado próximamente por la editorial Fontamara de México.

**N**orberto BOBBIO hizo clásica la distinción entre una filosofía del Derecho hecha por filósofos y otra hecha por juristas que, en fecha relativamente reciente, ha sido vuelta a tratar por Riccardo GUASTINI<sup>2</sup>. Según Bobbio la primera es una *Weltanschauung*, una visión del mundo o una «filosofía» que se «aplica» mecánicamente al Derecho. En ella, desde una visión del mundo un filósofo extrae léxico, conceptos y principios preconstituidos para dar una respuesta sistemática a los problemas del Derecho y de la justicia, sin interesarse por los conceptos «internos» de la experiencia jurídica, esto es, por los conceptos empleados por los juristas en la interpretación o en la sistematización de las normas jurídicas. En cambio, la filosofía del Derecho de los juristas no parte de una visión del mundo preconstituida y su interés recae más bien en los problemas conceptuales que aparecen en el interior de la experiencia jurídica. Los juristas no están interesados en determinar el concepto del Derecho, porque forma parte siempre de los presupuestos indiscutibles de su labor; y no sienten la necesidad de interrogarse por el concepto de la justicia, ya que piensan que se trata de un concepto moral y no jurídico.

La filosofía jurídica habermasiana pertenece sin duda a la primera forma de hacer jusfilosofía: en verdad es la forma sistemática del pensamiento de HABERMAS la que lo ha llevado a aplicar los conceptos fundamentales de su *Teoría del actuar comunicativo* al Derecho —aunque por cierto no lo haya hecho en forma mecánica—. A lo anterior hay que agregar dos observaciones complementarias: primero, que la aproximación de HABERMAS al Derecho no es sólo desde la filosofía sino también desde la sociología, la historia del Derecho, la teoría moral y la teoría social, es decir, que se trata de un acercamiento multidisciplinario —como el mismo aclara en el Prefacio—. Y segundo que, como el gran filósofo que es, HABERMAS se ha preocupado por imbuirse —como antes también sucedió con HEGEL— de algunos conceptos «internos» de la experiencia jurídica —básicamente a través de Klaus GÜNTHER si nos atenemos a sus declaraciones en el mismo Prefacio de *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* [*Facticidad y validez. Contribuciones para la teoría discursiva del Derecho y del Estado democrático de Derecho*]<sup>3</sup>, su obra dedicada al Derecho y a la teoría política (14/62), pese a que se pueda dudar de si su empeño ha tenido éxito en todos los casos.

*Facticidad y validez* ha sido una de las obras habermasianas que mejor recepción ha tenido, a la vez que ha suscitado un considerable número de críticas. Estas han atacado a veces aspectos muy generales del planteamiento de HABERMAS: así Onora O'NEILL ha cuestionado que la razón comunicativa del autor diverja mucho de la razón práctica kantiana<sup>4</sup>; y Ota WEINBERGER ha problematizado que la racionalidad comunicativa sea realmente racionalidad, que los «buenos argumentos» nos lleven más allá de la mera persuasión, o la teoría habermasiana del consenso, es decir, algunos presupuestos bási-

<sup>2</sup> «Imágenes de la teoría del Derecho», en GUASTINI, 1999: *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, Barcelona: Gedisa, 15-28.

<sup>3</sup> Frankfurt: Suhrkamp, 1992. La obra ha sido vertida al español por el traductor habitual de HABERMAS, M. JIMÉNEZ REDONDO como *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid: Trotta, 1998. Citaremos primero por el original alemán y luego por la traducción española.

<sup>4</sup> Véase su artículo «Racionalidad comunicativa y razón práctica», en *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, Berlín, 41, 1993: 329-332.

cos del planteamiento de HABERMAS<sup>5</sup>. Otros autores han criticado cuestiones mucho más específicas: así William FORTBATH enrostra al filósofo alemán una comprensión muy limitada de la economía<sup>6</sup>; o Bernhard SCHLINK sostiene que la teoría habermasiana del Derecho carece de significación alguna para la práctica de la Corte Constitucional Federal Alemana<sup>7</sup>.

En nuestros comentarios a la teoría habermasiana del Derecho nos vamos a situar en un lugar intermedio: vamos a realizar una consideración sobre algunos aspectos que juzgamos básicos en dicha teoría y sin referirnos a muchas cuestiones de detalle. Trataremos de: 1. la concepción habermasiana del Derecho objetivo, 2. su planteamiento sobre la interrelación entre moral y Derecho, 3. su propuesta con respecto a los derechos subjetivos, 4. su visión sobre la interrelación entre los derechos subjetivos y la soberanía popular, 5. su comprensión y crítica de la jurisprudencia constitucional alemana, y 6. su idea sobre el paradigma procedimental del Derecho. Por razones de espacio y sobre todo porque aquí nos interesamos básicamente por la filosofía habermasiana del Derecho, no podemos ocuparnos aquí de la concepción habermasiana de la democracia deliberativa<sup>8</sup>.

## 1. LA CONCEPCIÓN HABERMASIANA DEL DERECHO OBJETIVO

HABERMAS concibe el Derecho objetivo como el conjunto de normas positivas que tienen por función estabilizar la sociedad, es decir, que poseen un carácter social integrador. Las normas deben llenar dos condiciones que son contradictorias: se presentan como imponiendo ciertas conductas *fácticamente*: el autor de una acción estratégica debe ajustar su conducta a ellas; y al mismo tiempo las normas deben ser *válidas*, esto es, deben estar *legitimadas*. De allí la tensión entre *facticidad* y *validez* que es característica del Derecho. Es menester subrayar que aquí validez no tiene el significado usual entre los juristas. Así por ejemplo KELSEN entendía por validez la fuerza obligatoria del Derecho, la *existencia* de las normas o su carácter normativo<sup>9</sup>; H. L. A. HART hablaba de la validez para referirse a que una regla satisface todos los requisitos establecidos por la regla de reconocimiento y que, por lo tanto, es una regla del sistema<sup>10</sup>; y Robert ALEXY distingue entre el concepto jurídico de validez, el concepto sociológico de validez y el concepto ético de validez<sup>11</sup> —ésta corresponde a la validez habermasiana.

<sup>5</sup> «Habermas sobre la democracia y la justicia: los límites de una concepción sana», en *Ratio Juris*, Oxford, vol. 7, n.º 2, julio de 1994: 239-253.

<sup>6</sup> Véase su artículo «Corto circuito: una crítica a la comprensión de Habermas del Derecho, la política y la vida económica», en ROSENFELD y AARATO (eds.), 1998: *Habermas on Law and Democracy*, Berkeley/Los Angeles/Londres: U. of California Press, 272-286.

<sup>7</sup> SCHLINK: «La dinámica de la Constitucional Adjudication», en ROSENFELD y AARATO, 1998: 371-378.

<sup>8</sup> La hemos estudiado en nuestro artículo «Democracia representativa y democracia deliberativa: reflexiones a partir de la situación peruana reciente», en R. ARANGO (ed.), 2007: *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores/U. de Los Andes/CESO, 409-427.

<sup>9</sup> Estos son los tres significados que por ejemplo Carlos S. NINO encuentra en el empleo de la palabra «validez» por parte de KELSEN, véase el trabajo de NINO, 1985: «El concepto de validez jurídica en la teoría de Kelsen», en su libro *La validez del Derecho*, Buenos Aires: Astrea, 7-27.

<sup>10</sup> HART, 1968: *El concepto de Derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 129.

<sup>11</sup> Véase ALEXY, 1994: *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona: Gedisa, 87-90.

Ronald DWORKIN ha sostenido que una visión no unidimensional del Derecho considera que, al lado de las normas, hay en él principios que traducen valores y, además, directrices políticas (*policies*); y Robert ALEXY halla, junto a las reglas, principios como mandatos de optimización. También HABERMAS habla de principios, pero que no corresponden a lo que DWORKIN y ALEXY comprenden por tales. Cuando HABERMAS se refiere a principios entiende por ellos los de la seguridad jurídica, el principio democrático de la separación entre el Estado y la sociedad, etc. Antes bien, rechaza la confusión que cree hallar entre las normas, que se refieren a la *acción deontológica*, y los principios que defiende ALEXY, que apuntan a la *acción teleológica*. Curiosamente HABERMAS cree que en los «casos difíciles» se puede llegar a una «única respuesta correcta», como sostenía DWORKIN ante el escepticismo al respecto de ALEXY, pero no hace en esta situación uso de los principios para encontrar la solución del caso sino que apela a los discursos de justificación y aplicación de las normas ideados por Klaus GÜNTHER. Tampoco habla por cierto de directrices políticas en el Derecho.

Agreguemos que en las sociedades tradicionales otro de los elementos del Derecho objetivo, al lado de las normas y principios jurídicos, es el Derecho consuetudinario, que tampoco es mencionado por HABERMAS, lo que es comprensible dado que su planteamiento pretende captar más bien la realidad del Derecho y la democracia de las sociedades modernas.

Finalmente en HABERMAS no hay ninguna consideración sobre la forma de organización de las normas (y principios) jurídicos, sobre el sistema jurídico, excepto una referencia fugaz a las ideas al respecto de R. DREIER (48/92).

Podemos pues comprobar en HABERMAS un reduccionismo en cuanto a los elementos del Derecho objetivo, pues solo admite como elemento único del Derecho a las normas ignorando a los principios —en cuanto traducen valores—<sup>12</sup> y al Derecho consuetudinario. Tampoco toma en cuenta el problema del sistema jurídico. Llamativamente el autor no comparte la posición del positivismo jurídico que hace equivaler el Derecho objetivo al sistema de normas, pues para HABERMAS éstas se hallan en conexión con intereses morales y además con otros intereses éticos y pragmáticos. Veamos ahora cómo pone en conexión el autor el Derecho objetivo y la moral.

## 2. DERECHO Y MORAL SEGÚN JÜRGEN HABERMAS

HABERMAS se ha ocupado de las comunidades y diferencias entre Derecho y moral en sus *Tanner Lectures* del mismo nombre («Derecho y moral») de 1986<sup>13</sup> y en *Facticidad y validez* (1992).

<sup>12</sup> Puede cuestionarse sin duda el reduccionismo de HABERMAS afirmándose que aquí cometemos una *peccatio principii*: suponemos sin probarlo que, al lado de las normas, existen principios como elementos constituyentes del orden jurídico. No obstante nos parecen fehacientes los argumentos ofrecidos por DWORKIN, ALEXY y M. ATIENZA/J. RUIZ MANERO a favor de la existencia de los principios: DWORKIN ha mostrado convincentemente que al momento de resolver los casos difíciles los jueces recurren a principios; Alexy que lo mismo hace la Corte Constitucional Federal Alemana; y ATIENZA y RUIZ MANERO acuden a un triple análisis comparado de normas y principios: estructural, funcional y político que les permite distinguir entre ambos.

<sup>13</sup> Las ha publicado como el primero de los estudios previos a *Facticidad y validez* en la parte final de este libro (*Faktizität und Geltung*, 1992: 541-599/*Facticidad y validez*, 1998: 535/587).

En sus lecciones «Derecho y Moral» sostuvo HABERMAS que el núcleo de la razón práctica es la idea de imparcialidad y que, por lo tanto, aquélla intenta fundamentar las normas tanto morales como jurídicas a través de sendos procedimientos *ad hoc*. Que existen tales procedimientos lo atestiguan la teoría moral de L. KOHLBERG y la jurídica de John RAWLS, a las que se agregan los planteamientos morales desarrollados por K.-O. APEL y por él mismo. Se trata de teorías procedimentales que bien pueden servir para satisfacer la necesidad de fundamentación del Derecho convertido en positivo.

Esto no significa, por cierto, que se borren las fronteras entre Derecho y moral. Los procedimientos de las teorías morales mencionadas tienen en común con los procedimientos jurídicamente institucionalizados el hecho de que la racionalidad de los procedimientos debe garantizar la «validez» (*Gültigkeit*) de los resultados legales procedimentales (565/556-557).

Las diferencias entre los procedimientos morales y los jurídicos son los siguientes: primero, los procedimientos jurídicos se aproximan a las exigencias de una racionalidad procedimental completa, porque están ligados a criterios institucionales, o sea, independientes, con los cuales se puede determinar desde la perspectiva de un *observador* si una decisión se ha producido conforme a las reglas o no. Por ejemplo al dictar una sentencia el juez deberá tener en cuenta lo que dispone la ley, los hechos probados en el proceso, los antecedentes jurisprudenciales, etc. En cambio, los procedimientos morales solo llenan las demandas de una racionalidad incompleta, ya que aquí no hay criterios externos y previos pudiéndose tomar las resoluciones morales únicamente desde la perspectiva de un *participante*. Es en efecto únicamente desde esta perspectiva que se puede resolver si una acción corresponde a una norma que recoge en sí la aprobación de todos los participantes en el discurso.

Segundo, son precisamente las debilidades de una racionalidad tan imperfecta como la moral las que hacen comprensible por qué ciertas materias requieren de una regulación jurídica. Aunque una norma moral encuentre la adhesión de todos los afectados, ella no es infalible, unívoca, ni garantiza un resultado a un cierto plazo: el procedimiento moral de fundamentación de una norma es falible.

Tercero, de lo anterior se deriva que las expectativas institucionalizadas de un comportamiento logran una *fuerza obligatoria* al unirse con el potencial estatal de la sanción. Se extiende así a lo que KANT denominaba el *aspecto externo* de la acción, no a los *motivos* ni a la *forma de pensar* sobre los que no cabe obligación jurídica alguna.

Cuarto, el Derecho tiene *rasgos convencionales* que proceden de que es promulgado debido a la decisión de un legislador político quien puede cambiarlo a su arbitrio.

Quinto, esta dependencia de la política explica el carácter instrumental del Derecho. Mientras las normas morales siempre son un *fin en sí*, las normas jurídicas habitualmente son de hecho *medios* para los fines políticos. El Derecho está de este modo situado entre la política y la moral. En tanto que las normas morales sirven solo para la resolución imparcial de los conflictos de la acción, las normas jurídicas también se emplean para la realización de programas políticos; los fines colectivos y las medidas implementadoras de la política agradecen su fuerza obligatoria a la forma jurídica. En este sentido, en el discurso del Derecho los argumentos jurídicos por los que se interpreta y se aplica la ley se entrelazan, como Ronald DWORKIN ha mostrado, tanto con argu-

mentos políticos —por los que se buscan realizar ciertos fines—, como con argumentos morales de fundamentación. Existe por lo tanto una interconexión entre el Derecho, la moral y la política<sup>14</sup>.

En *Facticidad y validez* varió HABERMAS considerablemente su concepción de la relación entre Derecho y moral. Pensaba que, a diferencia de la moral que regula conexiones de interacción en general, el Derecho es un medio organizativo de comunidades jurídicas en condiciones históricas determinadas. Mientras las reglas morales expresan lo que está en interés de todos, las normas jurídicas regulan lo que está en interés de una comunidad determinada. Debido a ello las normas jurídicas no solo incluyen *contenidos morales* —en interés de todos— sino también éticos —es decir en interés de una cierta comunidad— y pragmáticos o prácticos. Mientras en *Facticidad y validez* HABERMAS trató de correlacionar estos intereses con clases específicas de materias legislativas, posteriormente ha renunciado a este punto de vista<sup>15</sup>.

No obstante, las normas morales y las jurídicas tienen elementos comunes: son «generales» porque se dirigen a muchos destinatarios y porque excluyen los privilegios y las discriminaciones. Sin embargo, la igualdad ante la ley es diferente en el caso de la moral y el Derecho. La igualdad ante la ley no permite el grado de abstracción propio de las cuestiones morales. Esta igualdad ante la ley es el criterio normativo para lograr buenas leyes en tanto éstas se promulgan desde el punto de vista de la seguridad jurídica. Mientras las normas morales son válidas en el sentido de ser justas, las normas jurídicas, es cierto que están en concordancia con las normas morales, pero más allá de ello son «legítimas» en el sentido de expresar también intereses prácticos y de la comunidad.

Por otro lado, las normas morales se las «descubre» sobre todo, aunque también se las construye. Este momento constructivo es mucho más manifiesto en las normas jurídicas. Las normas morales llevan a una *comprensión* motivada racionalmente; en tanto las normas jurídicas nos conducen a un *acuerdo* motivado también racionalmente. En un caso nos convencemos de que tenemos *deberes*, en el otro de que hay que aceptar ciertas *obligaciones*. Los deberes valen con independencia de las relaciones institucionales, las obligaciones jurídicas son en cambio fijadas institucionalmente.

Finalmente, HABERMAS sostiene que el Derecho complementa a la moral, porque la descarga de sus déficits cognitivos, motivacionales y organizativos. Es sobre todo el aspecto fáctico del Derecho el que aquí juega un rol fundamental para aliviar los problemas generados por estas indeterminaciones de las normas morales.

Son sobre todo dos aspectos de los planteamientos de HABERMAS sobre la relación entre la moral y el Derecho los que nos parecen relevantes: primero, haber establecido desde un punto de vista sociológico que se hallan en una relación de complementariedad; y, segundo, haber visto con toda claridad que las normas jurídicas no solo traducen intereses morales, sino además éticos y pragmáticos.

<sup>14</sup> Véase «Derecho y Moral», en *Faktizität und Geltung*, 541-599/*Facticidad y validez*, 535-588.

<sup>15</sup> En su «Réplica a las colaboraciones a un Simposio organizado por la Cardozo Law School», en *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt: Suhrkamp, 1996: 309-398; en esp. 331. Lamentablemente este texto ha sido eliminado de la traducción española: *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona: Paidós, 1999.

### 3. LA GÉNESIS LÓGICA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS SEGÚN JÜRGEN HABERMAS

Según Jürgen HABERMAS en la filosofía moderna, la tradición liberal, representada por ejemplo por KANT, trató de subordinar la autonomía pública a la privada, poniendo al Derecho por debajo de la moral y privilegiando los derechos individuales. Por el contrario, la tradición republicana, defendida digamos por ROUSSEAU, intentó someter la autonomía privada a la pública, reconociendo la primacía de la soberanía popular y reconduciendo los derechos individuales a la voluntad general. En un caso se daba preferencia a la razón (en el de KANT) y en el otro a la voluntad (en el de ROUSSEAU), aunque era común partir en ambos casos de las premisas de la filosofía de la conciencia. Para HABERMAS ninguna de estas dos tradiciones dio en el blanco. Él quiere superar ambas estableciendo una conexión fundamental entre los derechos subjetivos y la soberanía popular: el sistema de los derechos subjetivos fija las condiciones bajo las cuales pueden ser institucionalizadas jurídicamente las formas comunicativas necesarias para promulgar una norma de un modo políticamente autónomo. Dicho de otra manera: solo cuando las normas jurídicas reconocen los derechos subjetivos son ellas legítimas, pues únicamente entonces sus destinatarios se identifican a la vez como sus autores. En la próxima sección examinaremos la interconexión entre los derechos subjetivos y la soberanía popular; aquí queremos analizar la concepción habermasiana sobre los primeros.

El autor subraya el hecho de que no concibe los derechos subjetivos como derechos naturales y que no los fundamenta de manera trascendental. Los derechos subjetivos no anteceden a la soberanía popular y no llegamos al sistema de los mismos en una «pureza» trascendental sino teniendo en cuenta una interpretación histórica de los mismos: el desarrollo constitucional europeo de más de 200 años de duración.

El procedimiento adoptado por HABERMAS para determinar los derechos subjetivos parece correcto: parte de la noción kantiana de la autonomía privada y sobre la base de la comprensión intuitiva del principio discursivo (D: son válidas las normas de acción a las que podrían prestar su aquiescencia todos los posibles afectados en tanto participantes en discursos racionales) y del concepto de la forma jurídica (la validez entendida como la legitimidad de las normas) va generando los derechos subjetivos a los que ha llegado el desarrollo constitucional europeo. Extrae así primero los derechos civiles: el derecho a la mayor medida posible de iguales libertades de acción, los derechos de ciudadanía y los derechos a un procedimiento legal. Estos tres grupos forman el «código del Derecho»: la autonomía exige de manera imperiosa la igualdad, la ciudadanía y la garantía procesal, reivindicaciones sin las cuales no podríamos hablar de un derecho realmente justificado. Luego obtiene HABERMAS los derechos políticos: la autonomía demanda asimismo colaborar en la formación de la voluntad política. De allí que entienda que estos cuatro grupos de derechos hayan quedado fundamentados de manera absoluta —los derechos políticos no integran sin embargo el núcleo del Derecho, porque cabe tener derechos civiles sin gozar de los políticos, aunque se los demande—. Finalmente aparecen los derechos sociales, que son mucho menos imprescindibles y que representan únicamente una condición del disfrute de los derechos anteriores —asegurándolos social, técnica y ecológicamente.

A la posible objeción de que se puede hacer una presentación distinta de la génesis lógica de los derechos subjetivos en caso de que se tenga en cuenta un desarrollo constitucional diferente al europeo, es probable que HABERMAS la admita. O que acepte que su descripción de este mismo desarrollo pueda ser diferente. Aunque el autor critica el planteamiento de T. H. MARSHALL en su famosa conferencia *Ciudadanía y clase social* (1950)<sup>16</sup>, es claro que la tiene en mente al hablar del «desarrollo constitucional europeo» —en realidad es fácil de ver que asume su clasificación de los elementos de la ciudadanía (civil, político y social) en su propia presentación de las categorías de derechos subjetivos (las tres primeras corresponden al elemento civil de la ciudadanía, la cuarta al elemento político y la quinta al social)—. Como el planteamiento de MARSHALL ha sido criticado por algunas feministas<sup>17</sup> por no considerar el género y la raza, es evidente que esta crítica daría pie a observar el enfoque habermasiano, pero es obvio que HABERMAS también podría replantear su esquema sin dificultades.

La debilidad del planteamiento habermasiano parece hallarse en otro lugar: en que ha elegido el concepto de autonomía privada como punto de partida para hallar los derechos fundamentales, en lugar de buscar una base más recomendable como la necesidad o el interés. A favor de este procedimiento ha aducido Ernst TUGENDHAT que el concepto de autonomía o de libertad (positiva) puede ser reconducido fácilmente al concepto de necesidad: la libertad es una de las necesidades fundamentales de un individuo que se debe reconocer moralmente. Y agrega que en los últimos tiempos se ha ofrecido en lugar del concepto de la libertad el de la dignidad humana como base de los derechos humanos: sucede así en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas y en muchas Constituciones del mundo —por ejemplo en la de la República Federal de Alemania de 1949 [y en la del Perú de 1979 y 1993, D.S.]<sup>18</sup>.

El filósofo del Derecho colombiano Rodolfo ARANGO considera muy positivamente la propuesta de fundamentación de TUGENDHAT por haber sido elaborada sobre la base de la idea del respeto mutuo, aunque además observa que adolece por su parte de dos debilidades: no distinguir entre las necesidades objetivas y los intereses subjetivos como base de los derechos humanos, y no determinar la relación entre necesidades y derechos. Mas satisfactoria le parece a este respecto la propuesta de fundamentación de los derechos humanos de David WIGGINS<sup>19</sup> que también opera sobre la base del concepto de necesidades solucionando además en gran parte los déficits indicados del planteamiento de TUGENDHAT<sup>20</sup>. No nos referiremos más a los enfoques de TUGENDHAT y de WIGGINS por no constituir parte de nuestro trabajo.

<sup>16</sup> MARSHALL y BOTTMORE, 2005: *Ciudadanía y clase social*, Buenos Aires: Losada.

<sup>17</sup> Véase por ejemplo el artículo de FRASER y GORDON, «Contrato versus caridad: una reconsideración de la relación entre ciudadanía civil y ciudadanía social», en *Isegoría*, n.º 6, Madrid, noviembre de 1992: 65-82.

<sup>18</sup> Véase TUGENDHAT, 1997: *Lecciones de Ética* [1993], Barcelona: Gedisa, 344.

<sup>19</sup> En su libro *Needs, Values, Truth*, Oxford/Cambridge: Mass, 21991.

<sup>20</sup> Véase la presentación de ARANGO de los enfoques de HABERMAS, TUGENDHAT y WIGGINS sobre la fundamentación de los derechos subjetivos en su libro *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá: U. Nacional de Colombia/Legis, 2005: 261-296.

#### 4. LA VISIÓN HABERMASIANA DE LA INTERCONEXIÓN ENTRE LOS DERECHOS SUBJETIVOS Y LA SOBERANÍA POPULAR

Manifestamos ya que para HABERMAS existe una interconexión íntima entre los derechos subjetivos y la soberanía popular, y que el Derecho se justifica como el medio de garantizar en forma paritaria la autonomía privada y la pública. En su opinión:

«El principio de la soberanía popular se expresa en los derechos de comunicación y participación que aseguran la autonomía pública de los ciudadanos; el imperio de la ley, por su parte, en aquellos clásicos derechos fundamentales que garantizan la autonomía de los ciudadanos. El Derecho se legitima de este modo como medio para asegurar en forma paritaria la autonomía privada y la pública» («El vínculo interno entre Estado de Derecho y democracia», en HABERMAS, J., 1999: *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona: Paidós, 252).

Charles LARMORE ha criticado este aspecto del planteamiento habermasiano: primero, porque es circular: los derechos humanos remiten a la soberanía popular y ésta a su vez a la realización de los derechos humanos; y segundo, porque en verdad HABERMAS pondría a la base de todos los derechos subjetivos un principio más fundamental que ellos mismos, que tiene asimismo el carácter de un derecho subjetivo y que representa una manera de entender el principio kantiano de la autotelia: que todo ser humano es un fin en sí. El principio al que recurre HABERMAS sostiene: «nadie debe ser obligado por la violencia a someterse a normas de acción cuya validez (*Gültigkeit*) no le es posible comprender (*einsehen*) racionalmente. LARMORE escribe: «Desde este punto de vista no es tan sorprendente que los derechos subjetivos usuales se puedan deducir, como HABERMAS afirma, del concepto de la soberanía popular. La “autonomía democrática” reposa ella misma sobre la base del reconocimiento de un derecho subjetivo fundamental. Por lo tanto, no puede ser total. La “democracia radical” [a la que aspira HABERMAS, D. S.] solo es posible como liberalismo»<sup>21</sup>.

Si al considerar la conexión interna entre derechos subjetivos y soberanía popular propuesta por HABERMAS, llega LARMORE paradójicamente a esta conclusión sorprendente, frente a la misma tesis la reacción de Robert ALEXY es más bien escéptica: el precio que paga el enfoque habermasiano por disolver la clásica tensión existente entre los derechos subjetivos y la democracia sería en exceso alto: una idealización inadmisibles. El principio discursivo afirma según HABERMAS: «son válidas las normas de acción a las que pudieran prestar su aquiescencia todos los posibles afectados en tanto participantes en discursos racionales». De este principio obtiene el autor el principio democrático que afirma: «únicamente pueden pretender validez legítima las normas jurídicas que en un proceso discursivo de producción de normas jurídicas, organizado a la vez jurídicamente, pueden encontrar el asentimiento de todos los miembros de la comunidad jurídica».

Pues bien, ALEXY sostiene que con este último principio desaparece la tensión existente entre la autonomía privada y la pública:

«Es fácil ver que cualquier tensión entre los derechos básicos y la democracia tiene que desaparecer inmediatamente una vez que uno presupone la realización perfecta de este prin-

<sup>21</sup> LARMORE, 1993: «Las raíces de la democracia radical», en *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, Berlín, 41, 2: 327.

cipio de la democracia. Por “realización perfecta” entiendo un estado político de cosas en el que únicamente son promulgadas aquellas leyes en las que encontramos *actualmente* el acuerdo de todos los asociados en el proceso discursivo de la producción legal. En este modelo la identidad entre el destinatario y el autor de la ley tan frecuentemente mencionado por HABERMAS (*Faktizität und Geltung*, 1992: 52, 57, 135, 153, 160, 492, 503) se encuentra plenamente realizada. Como el acuerdo de todos los asociados legales (al que en este modelo ideal puede ser remitida cada norma) estaría purificado discursivamente y sería por ello un acto racional de autogobierno, ninguna norma puede violar un derecho básico. Más bien los derechos básicos serían a la vez ejercidos y creados en el acto del autogobierno racional colectivo. Los derechos básicos y la democracia resultarían reconciliados así sin ninguna reserva. El precio es sin embargo demasiado alto. Significa una idealización total» («Basic Rights and Democracy in Jürgen Habermas’s Procedural Paradigm of the Law», en *Ratio Juris*, Oxford, vol. 7, n.º 2, julio de 1994: 232).

Mas es obvio según ALEXY que en el mundo real la tensión entre facticidad y validez —o dicho de otra manera: entre los derechos subjetivos y la soberanía popular— es inevitable, de modo que hay que buscar institucionalizar una solución, lo que él mismo ha hecho con su propuesta de incorporar los principios al modelo del Derecho y de introducir la idea de la «ponderación» para tratar de resolver las tensiones. Veamos a continuación las objeciones de HABERMAS contra la propuesta de ALEXY y la respuesta que éste le ha dado. Como HABERMAS ha formulado sus críticas en forma más amplia dirigiéndolas contra la concepción de los principios de la Corte Constitucional Federal Alemana y contra su praxis jurisprudencial, nos referiremos en la próxima sección a sus reparos a este respecto.

## 5. LA VISIÓN HABERMASIANA DE LA POSICIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMANA SOBRE LOS PRINCIPIOS Y SOBRE SU PRAXIS JURISPRUDENCIAL

En el capítulo V de *Facticidad y validez* trata HABERMAS de la «Indeterminación del Derecho y la racionalidad de la administración de justicia». Parte del capítulo está dedicada a la fundamentación y aplicación de las normas jurídicas. El capítulo siguiente (VI) se refiere sobre todo a «Justicia y legislación: acerca del rol y legitimidad de la jurisprudencia constitucional». Tocaremos solo los reparos del autor sobre el particular: los peligros que ve en la práctica de la Corte Constitucional Federal Alemana.

El primero de dichos peligros es que dicha práctica puede interpretarse como si el Poder Judicial se situara por encima del Poder Legislativo o invadiera sus fueros. De allí que para salvaguardar el principio de la división de poderes, propone HABERMAS que la función de la constitucionalidad de las normas sea realizada dentro del propio Poder Legislativo: en una comisión parlamentaria que redefina dicha función como una de autocontrol de las leyes. Esta objeción es una de las que más habitualmente se formula contra los fallos de un Tribunal Constitucional: que no se limita a aplicar la ley sino que la interpreta correctoramente<sup>22</sup> yendo más allá de la intención del legislador e

<sup>22</sup> «Interpretación correctora» es el nombre que da Riccardo GUASTINI a las interpretaciones que van más allá de la intención del legislador. Según este autor este tipo de interpretaciones pueden ser extensivas o restrictivas. Véase su artículo «Técnicas interpretativas» en su libro *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México: Porrúa, 1999.

invadiendo así los fueros del Poder Legislativo. Parte del problema consiste en conocer cómo establecer los límites entre el Poder Legislativo y el Judicial, si se reconoce —como en los Estados Unidos después del fallo *Marbury vs. Madison*— que el Poder Judicial tiene la facultad de interpretar la Constitución y de hacer valer los derechos constitucionales, la forma cómo se conciben los Tribunales Constitucionales de cada país, etc. HABERMAS tiene sin duda razón en su preocupación por preservar los límites entre los poderes, y su propuesta de reubicar la función del control de la constitucionalidad de las normas es sensata, aunque objetable: es discutible hasta qué punto esté dispuesta y facultada una comisión parlamentaria para revisar leyes que han sido aprobadas por el pleno del Poder Legislativo o a hacer valer garantías constitucionales contra las leyes parlamentarias.

El segundo peligro que HABERMAS ha señalado es que la Corte Constitucional Federal Alemana entiende la Constitución de la República Federal de Alemania como un «orden concreto de valores» y que recurre a la «ponderación» entre ellos. Bernhard SCHLINK, quien en su trabajo *La ponderación en la Corte Constitucional Federal Alemana* (1976) ha estudiado minuciosamente el tema, afirma lapidariamente que la orientación de la jurisprudencia de dicha Corte por los valores es un «mito»: admite que entre 1950 y 1970 el *Bundesverfassungsgericht* discutió si los derechos fundamentales eran valores y si formaban un sistema valorativo, pero señala que después de 1970 casi no ha empleado más la noción de «valor» y que ha utilizado en su lugar los conceptos de «normas objetivas», «decisiones fundamentales objetivas» y de «principios objetivos» para referirse a las mismas metas y arribar exactamente a los mismos resultados<sup>23</sup>. Frente a este reparo, HABERMAS ha indicado que él no ha inventado esta interpretación de la praxis jurisprudencial de la Corte Constitucional Federal Alemana sino que la ha tomado de numerosos autores, pero que, en todo caso, deja el debate al respecto a los expertos<sup>24</sup>.

Por su parte Robert ALEXEY ha recogido y discutido detalladamente la crítica habermasiana —lo que es sin duda comprensible dado que el modelo jurídico de ALEXEY da una gran cabida a los principios, a los que concibe como correspondiendo a valores, y a la ponderación—. La crítica habermasiana consta según ALEXEY de dos objeciones<sup>25</sup>: la primera es que la visión criticada reduce los derechos a objetivos, políticas y valores, privándolos de la estricta prioridad característica de los «puntos de vista normativos», con lo que se derrumbaría la «barrera cortafuegos» que es característica del entendimiento deontológico de las normas y principios en un discurso jurídico. La segunda objeción es que al comprenderse los derechos como valores se extrae a la decisión con respecto a aquéllos del ámbito de lo correcto e incorrecto, llevándosela al de la ponderación

<sup>23</sup> SCHLINK, «La dinámica de la Constitutional Adjudication», en ROSENFELD y AARATO (eds.), 1998: *Habermas on Law and Democracy. Critical Exchanges*, Berkeley/Los Angeles/Londres: U. of California Press, 374.

<sup>24</sup> «Reply to Symposium Participants, Benjamin N. Cardozo School of Law», en ROSENFELD y AARATO (eds.), 1998: 382. Curiosamente esta parte del texto no figura en la versión alemana: «Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law School», en *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt: Suhrkamp, 1997: 309 y ss.

<sup>25</sup> Los análisis efectuados por ALEXEY de las objeciones de HABERMAS y sus respuestas a las mismas, se encuentran en la primera y segunda conferencia que ofreció en la cátedra GARZÓN VALDÉS en 1994. Véase ALEXEY: «Teoría del discurso y derechos constitucionales» y «Los derechos constitucionales y el sistema jurídico», en ALEXEY, 2005: *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, México: Fontamara, 47-88.

que no permite criterios racionales. Por lo tanto el juicio que se logre se puede medir por sus «resultados», pero no se lo puede justificar.

Antes de pasar a considerar la respuesta de ALEXY a HABERMAS, recordemos ante todo algunas de las características del modelo jurídico alexiano. Según ALEXY en su *Teoría de los derechos fundamentales*, el orden jurídico está integrado por *normas* que dicen *lo que debe ser*. Las normas pueden ser *reglas* o *principios*. Las reglas son normas que tienen que ser cumplidas o no. Los principios son normas entendidas como *mandatos de optimización*: ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. Entre las normas pueden surgir *contradicciones*. Mientras en el caso de las *reglas* hablamos de un *conflicto* entre ellas; en el caso de los *principios* lo hacemos de *colisiones de principios*. Los conflictos entre reglas se solucionan mediante *cláusulas de excepción* que pueden contener principios que no son teóricamente enumerables. Las colisiones entre principios exigen de un planteamiento más complejo: para ALEXY existe en el ordenamiento legal un *orden débil* entre principios que está compuesto: 1) por un sistema de condiciones de precedencia que forma el supuesto de hecho de una regla, 2) por un sistema de estructuras de ponderación que tiene que ver con la naturaleza de los principios como mandatos de optimización con respecto a las posibilidades fácticas y jurídicas —a este respecto es muy importante la *máxima de proporcionalidad* (con sus máximas parciales de adecuación, exigibilidad y proporcionalidad en sentido estricto)—, y 3) por un sistema de precedencias *prima facie* de los principios, pero pudiendo ser cambiada la prelación teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Por lo tanto, las reglas pueden entenderse como *razones definitivas*, en tanto que los principios son solo *razones prima facie*. ALEXY pensaba que este planteamiento permite eliminar el margen de irracionalidad existente en la determinación de cómo un principio es desplazado por otro. Finalmente el autor sostenía que los principios se dan en el *orden deontológico*, y que corresponden a valores que se presentan en el *orden axiológico*.

La crítica de HABERMAS toca a este planteamiento de ALEXY en tanto que, pese a su elaboración, sostiene que reduce los derechos a objetivos, políticas y valores —lo que es sin duda exagerado, pues ALEXY también afirma que el Derecho está integrado por reglas (y por procedimientos)—, y además porque la elección de uno entre dos principios que han entrado en colisión, la parece a HABERMAS fuertemente arbitraria e irracional. Éste es el punto en que sitúa ALEXY su réplica afirmando que no se ha entendido qué es la ponderación.

La ponderación entre principios contrapuestos puede cumplirse según el Profesor de Kiel en tres pasos: el primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o detrimento del primer principio por el segundo; el segundo en hacer lo mismo en el caso del segundo principio (cómo resulta afectado por el primer principio); y el tercero en establecer si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero (o a la inversa). ALEXY piensa que para tomar una decisión objetiva y racional frente a una colisión de principios se puede establecer una *escala triádica* entre los grados de satisfacción (o de insatisfacción) de los principios: leve, moderada y grave.

Por otro lado, hay que tener en cuenta la máxima de la proporcionalidad con sus máximas parciales de adecuación, de exigibilidad y de proporcionalidad en sentido es-

tricto. Las dos primeras submáximas se refieren a la optimización relativa con respecto a lo que es *fácticamente posible*, y la tercera a la optimización frente a las *posibilidades normativas* que están referidas fundamentalmente a la concurrencia de principios. De allí que la última submáxima se exprese así: «Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afección (detrimento) de un principio, tanto mayor deberá ser la importancia de la satisfacción de otro». Esta regla es la «ley de la ponderación».

ALEXY aclara su propuesta con ejemplos. Uno de los casos que analiza es el de la obligación impuesta por la Corte Constitucional Federal Alemana a las compañías tabacaleras de señalar en sus paquetes de cigarrillos que fumar puede ser peligroso para la salud (BVerGE, 95: 173). Aquí se afecta sin duda el principio de la libertad de ejercicio profesional, pero se lo hace de una manera leve. Una afección grave sería la de simplemente prohibir la venta de tabaco. Si comparamos la magnitud de aquella interferencia (leve) con los graves daños que podrían seguirse de no colocar este aviso preventivo, se advierte de inmediato que el primer principio (el de la libertad de ejercicio profesional) tiene que ceder frente al segundo por razones objetivas.

Otro caso es el de la revista satírica *Titanic* que describió a un militar parapléjico retirado, que había cumplido satisfactoriamente todas sus obligaciones, como un «asesino nato» y en una edición posterior como «un tullido», lo que provocó una demanda del afectado. En este caso entraban en juego dos principios: el del Derecho a la libertad de expresión de la revista ( $P_1$ ) y el derecho a la identidad personal del militar ( $P_2$ ). El Tribunal Regional de Apelación de Dusseldorf falló en contra de *Titanic*, imponiéndole el pago de daños y perjuicios por un monto de 12.000 marcos alemanes. *Titanic* interpuso entonces un recurso constitucional. Fue en estas circunstancias que la Corte Constitucional Federal Alemana realizó una «ponderación de caso específico» (BVerGE, 86: 1) en estos términos: consideró que la mención del militar como «asesino nato» y «tullido» no era grave sino moderada debido al contexto satírico en que había sido hecha. En cambio la sentencia condenando a *Titanic* al pago de daños y perjuicios por un monto tan elevado, sostuvo que habría constituido una interferencia grave (la sentencia la describía como «permanente») a la libertad de expresión. Por ello la Corte consideró que los calificativos empleados por *Titanic* contra el demandante no ofrecían un fundamento suficiente como para condenar a la revista al pago de daños y perjuicios.

ALEXY señala que hasta se puede asignar valores numéricos a los tres grados del modelo triádico, lo que permitiría acentuar aún más la objetividad y racionalidad del procedimiento ponderativo. Su conclusión es que la crítica de HABERMAS a la ponderación entre principios es infundada: el procedimiento ponderativo no es carente de objetividad ni conduce a la irracionalidad.

## 6. LA IDEA DEL PARADIGMA PROCEDIMENTAL DEL DERECHO

Thomas S. KUHN volvió a poner de moda la palabra «paradigma» —que originalmente había sido empleada por PLATÓN en el sentido de modelo— en su famoso libro *The Structure of Scientific Revolutions* (1960, <sup>2</sup>1970). Una de las dificultades que presenta esta palabra en el texto kuhniano es que su autor no la utilizó de manera unívoca.

ca. En efecto, Margaret MASTERMAN ha demostrado que tenía allí hasta 21 significados diferentes, algunos de los cuales son: «logro científico universalmente reconocido», «una tradición y, en cierto sentido un modelo», «una realización científica», etc.<sup>26</sup>. Andrew AARATO ha observado con pertinencia que, aunque HABERMAS tomó el término «paradigma» de la obra de KUHN de 1960, el sentido que le asigna se refiere más bien a la palabra modelo tal como ha sido utilizada por la tradición del Idealismo alemán. «Cada paradigma aspira a incorporar el paradigma precedente, cuya crítica juega un rol importante en la nueva construcción paradigmática. El modelo del Estado de bienestar incorpora el énfasis en la autonomía subjetiva y en las instituciones del Estado constitucional [liberal, D.S.]; y en forma similar el modelo procedimental busca combinar, bien que de manera reflexiva y crítica, el intento del Estado de bienestar de equilibrar la igualdad formal legal con una igualdad fáctica mayor. Así sabemos en un sentido a qué se refiere el paradigma procedimental: es el equivalente de aquello que HABERMAS ha llamado en otro lugar la continuación del Estado de bienestar en un nivel más alto de reflexión (*auf höherer Reflexionsstufe*)»<sup>27</sup>.

Más allá del problema constituido por la significación de la palabra «paradigma» en el texto del autor, otra dificultad existente para entender su idea de los «paradigmas del Derecho» es que en realidad se refieren no solo al Derecho sino asimismo a la organización del Estado. Dado que en este texto no nos hemos referido a la concepción política habermasiana en *Facticidad y validez*, aquí nos restringiremos a examinar estos paradigmas sólo en sus aspectos jurídicos. Nos apoyaremos en la reconstrucción de los mismos efectuada por Robert ALEXY<sup>28</sup>.

Según HABERMAS un paradigma jurídico es un conjunto de asunciones elementales acerca del carácter, principios básicos, metas y posibilidades del Derecho. «[Los paradigmas] esclarecen el horizonte de una sociedad dada en relación al proyecto de realización del sistema de los derechos. En cuanto tales poseen una función primaria de apertura del mundo. Los paradigmas abren perspectivas de interpretación, desde las que se puede referir los principios del Estado de Derecho (en una interpretación determinada) a todo el contexto de la sociedad» (*Faktizität und Geltung*, 527/523). Constata de elementos normativos y descriptivos.

El primer paradigma es el *liberal* que concebía al Derecho de una manera puramente *formal*: el Derecho estaba pensado para garantizar la libertad *negativa* de los sujetos jurídicos y, por lo tanto, el principio de libertad jurídica, mientras que, en términos de división del trabajo, el Derecho público quedaba asignado a la esfera del Estado autocrático. La crítica que se le ha formulado a este paradigma es, por lo general, que la libertad legal conduce a una desigualdad fáctica. Esta crítica partió de los reparos hechos a las premisas económicas y sociológicas del modelo liberal.

El segundo paradigma es el *social* que concebía al Derecho de una manera *material*: intentó especificar el contenido de las normas existentes de Derecho privado y en-

<sup>26</sup> MASTERMAN, 1975: «La naturaleza de los paradigmas», en LAKATOS, y MUSGRAVE (eds.), *La crítica y el desarrollo del conocimiento*, México: Grijalbo, 159-201.

<sup>27</sup> AARATO, «Procedural Law and Civil Society. Interpreting the Radical Democratic Paradigm», en ROSENFIELD, y AARATO (eds.), 1998: 27.

<sup>28</sup> Véase su artículo «Basic Rights and Democracy in Jürgen Habermas's Procedural Paradigm of the Law», en *Ratio Juris*, Oxford, vol. 7, n.º 2, julio de 1994: 227-238.

fatizar el principio de la justicia distributiva. Los principales medios empleados para corregir los problemas del modelo liberal fueron la propuesta de los derechos sociales y las regulaciones sociales efectuadas por parte del Estado. Pero con estas medidas estatales se promueve un paternalismo social que HABERMAS describía así: el Estado social se preocupaba de solucionar la base natural de la existencia de sus ciudadanos dando lugar a reducir precisamente su actuación. El individuo autónomo caía en riesgo de convertirse en un cliente protegido por el Estado.

El paradigma procedimental trata de evitar las debilidades tanto del paradigma liberal como del social, y concibe al Derecho a partir de una comprensión procedimental del mismo que pone el acento en la conexión existente entre la autonomía privada y la pública. No se parte aquí de una *imagen productivista* de la sociedad, como en los modelos anteriores, sino que se trata de asegurar las condiciones tanto de la autonomía privada como de la pública. Ello se logra mediante un orden jurídico que asegure la cooriginaria autonomía privada y pública: ambas deben su legitimidad únicamente a las formas de comunicación en las cuales la autonomía ciudadana pueda expresarse y acreditarse. Para ello se debe proseguir el proyecto del Estado social en un nivel más alto de reflexión: tratando de realizar el sistema de derechos subjetivos y examinando cómo se puede desarrollar y articular en las sociedades complejas el Estado democrático de Derecho.

HABERMAS confirma que el día de hoy las sociedades complejas viven en una crisis del Estado de Derecho, que cree que se puede describir someramente como que se produce en él una «atrofia de la validez» de la Constitución. Frente a ella el autor sostiene que la teoría discursiva del Derecho concibe al Estado democrático de Derecho como la institucionalización que discurre a través del Derecho legítimo (o sea que garantiza la autonomía privada) de procedimientos y presupuestos comunicativos en forma de una formación discursiva de la opinión y la voluntad, formación que a la vez posibilita el ejercicio de la autonomía pública y una producción legítima de normas. De otra parte, la teoría comunicativa de la sociedad concibe al sistema político del Estado de Derecho como un sistema más entre otros sistemas de acción. Un problema fundamental que muestra la crisis del Estado de Derecho le parece ser a HABERMAS aquella instrumentalización del Derecho para fines de regulación política que sobreexige la estructura del medio jurídico y disuelve la vinculación de la política a la realización del Derecho, algo sobre lo que no se puede disponer.

La concepción habermasiana de los paradigmas del Derecho tiene sin duda aspectos muy positivos: el autor detecta algunos problemas innegables en los que llama paradigma liberal y social del Derecho, e intenta solucionarlos mediante un tercer paradigma, el paradigma procedimental del Derecho. Una dificultad evidente aquí es que en este tercer paradigma preponderan los elementos normativos sobre los descriptivos: antes que corresponder el paradigma procedimental del Derecho a una realidad previamente existente se trata de un modelo que se postula para solucionar los problemas previamente detectados en los paradigmas existentes mediante la generación de una realidad deseada.

Otro de los defectos del modelo procedimental del Derecho de HABERMAS es que en él hay un vacío sobre el importantísimo tema de la justicia. Este vacío es en cierta manera aparente: pensamos que el tema de la justicia no tiene un lugar propio en

*Facticidad y validez*, porque al parecer HABERMAS piensa que, como los derechos subjetivos han de ser cautelados por la soberanía popular y como ésta se ha de realizar a su vez a través del reconocimiento de los derechos subjetivos, en los discursos se ha de poder encontrar la realización justa y el cumplimiento de los intereses individuales y del interés general. No obstante, uno echa de menos en este libro de HABERMAS principios de justicia como los de la igualdad y la diferencia en el modelo de RAWLS que permitan mediante el equilibrio reflexivo conducir a la reforma de las instituciones.

Un tercer reparo que haríamos al paradigma procedimentalista del Derecho de HABERMAS es cuán poco procedimental es: mientras en la propuesta procedimental de ALEXY se encuentran claramente sugeridos los procedimientos de la grada de la promulgación de las leyes, precisamente determinados los de la grada del discurso jurídico y delineados los de la grada del proceso concreto, en HABERMAS no encontramos mayores indicaciones al respecto sino una vaga apelación al empleo del principio de la imparcialidad en los procedimientos. Por cierto, el hecho de que ALEXY haya señalado que su modelo jurídico de reglas y principios debe ser complementado mediante procedimientos, no significa que lo haya realizado totalmente: su modelo sólo lo ha establecido con nitidez con respecto a la grada del discurso jurídico.

## 7. CONSIDERACIÓN FINAL

Manifestamos al inicio que la filosofía del Derecho habermasiana pertenece al género de una jusfilosofía hecha por filósofos, y los comentarios anteriores han confirmado este aserto. Son únicamente los puntos de vista de la *Teoría del actuar comunicativo* los que nos permiten explicar y comprender la filosofía jurídica de HABERMAS. En ella hay una sorprendente desatención por algunos temas básicos de una filosofía del Derecho hecha por juristas como consideraciones sobre la estructura de las normas, sobre su validez jurídica —vimos que solo tomaba en cuenta su validez sociológica (la facticidad) y la moral (la validez en el sentido habermasiano) o sobre el sistema jurídico—. Su teoría de la interpretación la toma de Klaus GÜNTHER —con su distinción entre los discursos de fundamentación y aplicación de las normas—, el tema de la justicia está ausente en *Facticidad y validez* o lo está de una manera muy insatisfactoria, su modelo procedimental del Derecho es muy poco procedimental. No agregamos aquí la ausencia en la filosofía habermasiana del tema de los principios jurídicos, porque se dirá que cometemos una *petitio principii* al aceptar de entrada que existen. La verdad es que, pese a que HABERMAS pretende que los capítulos III a VI de su libro están compuestos desde la perspectiva de la teoría del Derecho, ellos y los demás están redactados más bien desde la óptica de una sociología filosófica del Derecho.

Antes de acabar quisiéramos mencionar otra crítica hecha por algunos autores: que en *Facticidad y validez* se concentra HABERMAS en la consideración del Derecho nacional y que casi no habla del Derecho internacional o del impacto de la globalización sobre el Derecho. Esta situación quizás se explique por la fecha de aparición del libro: 1992, aunque ya por entonces la globalización había aparecido hacía tiempo

con mucha fuerza como un tema de época. Únicamente después tocaría HABERMAS temas que entretanto se nos han vuelto habituales: los problemas planteados por los Estados posnacionales, el multi- e interculturalismo, la globalización<sup>29</sup>. No deja de ser un detalle llamativo en una obra mayor de uno de los grandes filósofos de nuestro tiempo.

---

<sup>29</sup> Véase por ejemplo las observaciones sobre este punto realizadas por HABER en su libro 2001: *Jürgen Habermas, une introduction. Au coeur de la pensée de Jürgen Habermas*, París: Pocket/La Découverte, 236 y ss.



